

## University of Groningen

### De ene opleiding/onderneming is de andere niet

Jans, Jan

*Published in:*

Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

*Publication date:*

2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Jans, J. (2015). De ene opleiding/onderneming is de andere niet: Of: enige opmerkingen over zelfbewuste rechters. *Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 63(11), 592-595.

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## **De ene opleiding/onderneming is de andere niet. Of: enige opmerkingen over zelfbewuste rechters**

Prof. mr. Jan H. Jans

### **Inleiding**

Betreft het aanbieden, door de Open Universiteit, van een deeltijdse bacheloropleiding HBO-rechten in de vorm van afstandsonderwijs een 'economische activiteit'? En moet, bij een positief antwoord, de Open Universiteit dan ook als 'onderneming' in de zin van de artikelen 101 en 107 VWEU worden aangemerkt? Dit waren in essentie enkele van de vragen die aan de orde kwamen in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak begin 2013.<sup>1</sup>

Als *hommage* aan Kamiel Mortelmans is het mij een bijzonder groot genoegen enkele beschouwingen te wijden aan deze uitspraak waarin zo nadrukkelijk de verschillende aspecten van Kamiel zijn werkzaam leven naar voren komen. Ik noem als trefwoorden het economisch recht, de universiteit en de Raad van State.

### **Is de universiteit een onderneming?**

De Leidse Onderwijsinstellingen (LOI) en het Nederlands Talen Instituut (NTI) verzorgen als private aanbieders opleidingen die vergelijkbaar zijn met de door de OU gewenste nieuwe deeltijd-bachelor HBO-rechten. Zij hebben dan ook grote bezwaren tegen het besluit van de minister van OCW om aan de OU toestemming te verlenen de gevraagde opleiding te verzorgen. In rechte voeren zij o.a. aan dat de toestemming van de minister een verboden steunmaatregel ex art. 107 VWEU is - dit in verband met de 'bekostiging' door de overheid van de OU-opleiding - zodat hiervan op grond van artikel 108, derde lid, VWEU mededeling had moeten worden gedaan aan de Europese Commissie. En aangezien een steunmaatregel alleen een 'steunmaatregel' is als deze aan een 'onderneming' is gericht, was derhalve de cruciale vraag die de Afdeling bestuursrechtspraak moest beantwoorden: is de OU bij het aanbieden van de nieuwe opleiding een onderneming of niet? Hoe gaat de Afdeling bestuursrecht deze vraag beantwoorden?

De verschillende standpunten van partijen zijn duidelijk. De LOI en het NTI betogen dat de OU met het aanbieden van de opleiding een economische activiteit verricht, omdat zij een soortgelijk opleiding in concurrentie met andere ondernemingen aanbiedt op een markt waarin marktpartijen al jaren actief zijn. Zij verwijzen in dit verband naar de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op het voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie.<sup>2</sup> Hieruit blijkt volgens hen dat onderwijsdiensten van publieke instellingen als economische activiteit moeten worden aangemerkt, indien er concurrerende particuliere organisaties zijn. De minister daarentegen stelt zich op het standpunt dat de OU met de bacheloropleiding HBO-rechten een dienst van algemeen belang verricht, welke dienst geen economisch karakter heeft. Nu de OU geen economische activiteit verricht is zij geen 'onderneming' en zijn de artikelen 101 en 107 VWEU dus niet van toepassing, aldus de minister.

---

<sup>1</sup> ABRvS 30 januari 2013; ECLI:NL:RVS:2013:BY9933, AB 2014/344 (m. nt. T).

<sup>2</sup> Pb 2012, C 8/4; de zogenoemde DAEB-Mededeling.

Op zich is het juridische beoordelingskader vrij helder. Artikel 101 en 107 VWEU gaan, zoals de lezer van dit tijdschrift bekend is, ervan uit dat alleen ondernemingen onder beide verbodsbepalingen vallen. Reeds uit *Höfner en Elser*,<sup>3</sup> volgt dat het begrip 'onderneming' elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. En, blijkens *Commissie/Italië*,<sup>4</sup> moet onder het begrip 'economische activiteit' iedere activiteit worden verstaan bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt. In de hierboven reeds gememoreerde DAEB-Mededeling, behandelt Commissie in paragraaf 2.1.5. de vraag of onderwijsactiviteiten als economische activiteiten kunnen worden beschouwd. In punt 28 van deze Mededeling merkt zij op dat in bepaalde lidstaten publieke instellingen onderwijsdiensten aanbieden die, als gevolg van hun aard, hun financieringsstructuur en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan, als economische activiteit moeten worden aangemerkt:

'Deze door de overheid verrichte onderwijsdiensten dienen te worden onderscheiden van diensten die in hoofdzaak door ouders of leerlingen of uit commerciële inkomsten worden bekostigd. Zo vallen bijvoorbeeld commerciële ondernemingen die hoger onderwijs aanbieden dat volledig door studenten wordt bekostigd, duidelijk in deze laatste categorie. In bepaalde lidstaten kunnen ook publieke instellingen onderwijsdiensten aanbieden die, als gevolg van hun aard, hun financieringsstructuur en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan, als economische activiteit moeten worden aangemerkt.'

Volgens de LOI en het NTI is de enkele aanwezigheid van concurrerende particuliere organisaties voldoende om het aanbieden van de opleiding door de OU als economische activiteit aan te merken. De minister stelt zich daarentegen op het standpunt dat het om drie cumulatieve elementen (aard, financieringsstructuur en concurrerende particuliere organisaties) gaat.

Opmerkelijk is dat de Afdeling in dit interpretatieverschil, aanleiding heeft gezien de Commissie om 'advies te vragen'. Opmerkelijk omdat het hier niet gaat om toepassing van art. 8.45a Awb, waar de mogelijkheid is gecreëerd om 'schriftelijke opmerkingen' te maken door de Commissie in het kader van de toepassing van Verordening 1/2003. Deze adviesaanvraag daarentegen was, buiten de Awb om, rechtstreeks gebaseerd op punt 3.2. van de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties.<sup>5</sup> De desbetreffende passage uit de Mededeling luidt:

'Gezien haar verplichtingen ingevolge artikel 10 van het Verdrag en gezien de belangrijke en complexe rol die de nationale rechterlijke instanties spelen met betrekking tot de handhaving van de staatssteunregels, biedt de Commissie de nationale rechterlijke instanties de gelegenheid om haar advies in te winnen over relevante kwesties betreffende de toepassing van de staatssteunregels. Dit advies van de Commissie kan in beginsel betrekking hebben op alle economische, feitelijke of juridische vraagstukken die zich in het kader van de nationale procedure voordoen.'

De door de Afdeling aan de Commissie gestelde vraag was tamelijk concreet, namelijk of:

---

<sup>3</sup> Zaak C-41/90, *Höfner en Elser*, ECLI:EU:C:1991:161.

<sup>4</sup> Zaak C-35/96, *Commissie/Italië*, ECLI:EU:C:1998:303.

<sup>5</sup> Pb. 2009, C 85/1.

‘in het licht van punt 28 van de Mededeling 2012, de door de OUN verrichte activiteiten, namelijk het aanbieden van de opleiding HBO-rechten, bekostigd door de staat der Nederlanden, gelet op de aard van de OUN, de financieringsstructuur van de OUN en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties van de OUN bestaan, zoals LOI en NTI, dienen te worden aangemerkt als economische activiteiten en of de OUN dientengevolge kwalificeert als een onderneming in de zin van artikel 101 van het VWEU, en dus ook in de zin van artikel 107 van het VWEU.’

#### Het antwoord van de Commissie is helder:

‘Het aanbieden van een deeltijdse bachelorsopleiding in de rechten in de vorm van afstandsonderwijs door de OUN, lijkt geen economische activiteit te vormen in zoverre kan worden aangetoond dat de Nederlandse Staat, door de opleiding te financieren, zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult, en in zoverre die financiering een aanzienlijk gedeelte van de kosten van deze opleiding dekt, zodat er geen reëel verband bestaat tussen de feitelijke kosten van de litigieuze opleiding en de eventuele particuliere vergoedingen die voor de opleiding worden betaald. De OUN lijkt derhalve, voor wat de betrokken activiteiten betreft, geen onderneming te zijn in de zin van artikel 107, eerste lid, van het VWEU, ondanks het feit dat soortgelijke opleidingen door concurrerende particuliere organisaties worden aangeboden.’

#### Minstens zo interessant is hoe de Afdeling met dit ‘advies’ omgaat. Ik citeer:

‘Gelet op het antwoord van de Commissie zal de Afdeling onderzoeken of de Nederlandse staat, door de opleiding te financieren, zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult en of die financiering een aanzienlijk gedeelte van de kosten van de opleiding dekt (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 20 mei 2010, C-56/09, Zanotti, punt 13; [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)).

Niet in geschil is dat de Nederlandse Staat een aanzienlijk gedeelte van de kosten van de opleiding dekt.

De staatssecretaris heeft bij het verlenen van toestemming aan de OUN om de opleiding te mogen verzorgen, in aanmerking genomen dat de door de OUN aangeboden opleiding zich richt tot een specifieke groep studenten die niet steeds door andere bekostigde scholen en rechtspersonen voor hoger onderwijs, zoals LOI en NTI, bediend kunnen worden. Daarmee is voldoende komen vast te staan dat de Nederlandse Staat met het financieren van de opleiding zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens de bevolking vervult. Het betoog van LOI en NTI in hun reactie van 7 december 2012 dat particuliere organisaties reeds in de vraag naar de opleiding voorzien, zodat van het vervullen van een dergelijke taak geen sprake kan zijn, leidt niet tot een ander oordeel. Dat betoog gaat eraan voorbij dat, gelet op hetgeen is overwogen onder 7.2, ervan moet worden uitgegaan dat de opleiding van de OUN zich richt tot een specifieke groep personen die niet steeds door bestaande onderwijsaanbieders bediend kunnen worden en dat voor de opleiding voldoende ruimte bestaat.

De Afdeling leidt uit het vorenstaande af dat het aanbieden van de opleiding door de OUN niet is aan te merken als een economische activiteit. De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat de OUN niet kwalificeert als onderneming in de zin van de artikelen 101 en 107 van het VWEU, zodat de Europese staatssteunregels niet van toepassing zijn en van de toestemming van de staatssecretaris geen mededeling op grond van artikel 108, derde lid, van het VWEU aan de Commissie hoefde te worden gedaan.’

Met andere woorden: bij het aanbieden, door de Open Universiteit, van een deeltijdse bacheloropleiding HBO-rechten in de vorm van afstandsonderwijs verricht zij geen

‘economische activiteit’ en kan dan ook niet als ‘onderneming’ in de zin van de artikelen 101 en 107 VWEU worden aangemerkt.

### **Enkele beschouwingen over zelfbewuste rechters**

Wat is nu zo interessant aan de wijze waarop de Afdeling bestuursrechtspraak omgaat met het advies van de Commissie? Ik vind het allereerst opmerkelijk dat de Afdeling geen enkele overweging wijdt aan de vraag naar de juridische status van dit ‘advies’. Gelet op de dwingende bewoordingen van de eerste geciteerde zin: ‘**zal** de Afdeling onderzoeken...’ moet ervan worden uitgegaan dat de Afdeling het advies voor de volle 100% tot de hare heeft gemaakt. Uiteraard is de Europese Commissie te beschouwen als een deskundige autoriteit bij de interpretatie van de regels uit de Verdragen en bij de duiding van de rechtspraak van het Hof van Justitie, maar een bindende autoriteit is zij natuurlijk niet. Net zomin als de Afdeling bestuursrechtspraak zou ik daaraan willen toevoegen. Maar blijkbaar acht de Afdeling de Commissie als meer ter zake deskundig bij de interpretatie van het Unierecht dan zichzelf. De vraag is wel of deze bescheidenheid verstandig en gepast is.

Uit de uitspraak van de Afdeling blijkt weliswaar dat partijen in de gelegenheid zijn gesteld om te reageren op het advies van de Commissie, maar uit de uitspraak is niet duidelijk af te leiden of en zo ja in welke mate partijen het met alle aspecten van het advies eens zijn. Barkhuysen en Claessens merken daarbij in hun annotatie op dat de wijze waarop de Commissie invulling geeft aan de voorwaarden zoals genoemd in de DAEB-Mededeling, niet in alle opzichten met zoveel woorden uit die mededeling zou kunnen worden afgeleid. Ik kan me derhalve voorstellen dat het door de Commissie geschetste beoordelingskader niet door alle partijen volledig wordt omarmd.

Het lijkt me derhalve noodzakelijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak zich in een komend geval wel uitlaat over de juridische status van aldus gegeven adviezen van de Europese Commissie en waarom de Commissie meer ter zake deskundig wordt geacht dan de Afdeling zelf. Met andere woorden hoe de advisering van de Commissie zich verhoudt tot de ‘eigen’ verantwoordelijkheid van de Afdeling voor een correcte interpretatie en toepassing van het Unierecht. De eigen verantwoordelijkheid die, mede in het licht van art. 19 EU-Verdrag, m.i. met zich mee brengt dat de nationale niet mag blindvaren op het kompas van de Commissie.

En dat brengt mij tot mijn volgende opmerking. Blijkens de uitspraak hebben de LOI en het NTI de Afdeling bestuursrechtspraak verzocht om ter zake prejudiciële vragen te stellen. De Afdeling vindt dit niet nodig:

‘Gelet op het antwoord van de Commissie dat vooral gebaseerd was op de rechtspraak van het Hof van Justitie, ziet de Afdeling geen aanleiding het Hof van Justitie de prejudiciële vraag voor te leggen of het aanbieden van de opleiding door de OUN een economische activiteit is.’

Deze rechtsoverweging overtuigt me niet. Het advies van de Commissie betreft toch vooral hoe zij, tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof van Justitie, haar eigen DAEB-Mededeling interpreteert en toepast op onderwijs-activiteiten. Nogmaals, de Commissie heeft hier niet meer gezag en autoriteit dan de nationale rechter zou ik menen. Maar is er hier dan geen sprake van een *acte clair*? Van een *acte éclairé* kan in elk geval geen sprake zijn, omdat, zoals de Commissie in haar advies ook zelf toegeeft, het Hof van Justitie nog geen uitspraak heeft gedaan over de vraag of het aanbieden van onderwijsdiensten een economische activiteit vormt met het oog op de toepassing van staatssteun- of mededingingsregels. De Commissie doet haar bevindingen in het

bijzonder steunen op een aantal zaken die zien op de vraag of het aanbieden van deze diensten binnen het toepassingsgebied van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten valt. De aangehaalde rechtsoverweging van de Afdeling 'dat vooral gebaseerd was op de rechtspraak van het Hof van Justitie' lijkt dan ook te moeten worden begrepen als een verwijzing naar de *acte clair*, als uitzondering op de verwijzingsverplichting. Blijkbaar is uit de jurisprudentie ter zake van de dienstenvrijheid af te leiden of er in deze casus bij de toepassing van de staatssteunregels al dan niet sprake is van een onderneming.

Maar ook dan begrijp ik het nog niet helemaal. Blijkbaar was de rechtspraak van het Hof van Justitie wel zo onduidelijk, althans voor de Afdeling, dat zij zich genoodzaakt voelde om de Commissie om advies te vragen. Het is dus blijkbaar niet de rechtspraak van het Hof die *clair* is, maar de interpretatie van de Commissie van die rechtspraak. In termen van de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties – het document waar de Afdeling de adviesaanvraag op had gebaseerd – gaat het hier om een advies over een 'juridische kwestie'.<sup>6</sup> Over juridische advisering door de Commissie wordt in deze Mededeling volstrekt terecht opgemerkt, dat dit geen afbreuk doet, noch kan doen, aan 'het recht of de verplichting voor de nationale rechter om het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken'. Het lijkt er op dat de Afdeling, met een beroep op het advies van de Commissie, zich wel ontslagen heeft geacht van de prejudiciële verwijzingsplicht. Ook hier vaart de Afdeling naar mijn smaak te veel op de automatische kompas van de Commissie.

### **Concluderend**

Samenvattend zou ik dan ook het volgende willen concluderen. De eigen verantwoordelijkheid van de nationale rechter voor de correcte interpretatie van het Unierecht, zoals thans ook erkend in art. 19 EU-Verdrag, verlangt een zekere mate van zelfbewustheid, met name bij 'hoogste' rechters, zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het is in dit licht niet *a priori* in te zien waarom de Europese Commissie bij de interpretatie van staatssteunregels uit de Verdragen over een grotere deskundigheid zou beschikken dan de Afdeling. Het vragen van advies door de Afdeling aan de Europese Commissie – zeker wanneer dit 'juridische kwesties' betreft – zou slechts in zeer uitzonderlijke gevallen moeten plaatsvinden en behoeft dan ook een uitdrukkelijke motivering, zowel in de 'opstartfase' als in de 'toepassingsfase'. De Raad van State zal Kamiel Mortelmans als zelfbewuste kenner van het Unierecht node missen.

---

<sup>6</sup> Zie punt 90 van de Mededeling.